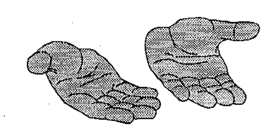
التحكيـــــم البحــــرى

دكتور

محمود السيد عمر التحيوى

كلية الحقوق - جامعة المنوفيــة

قســم قانــــون المرافعـــــات



إهـــــداء

إلى زوجتى العزيزة ، وابنتى رقية حفظهما الله ...

إلى روح والدى الطاهرة ...

إلى والدتى أدام الله بقاءها ...

إلى أخواتى الأعزاء ...

إلى أساتذتى الأفاضل ... إعترافا منى بفضلهم ...

أهدى ثمرة مجهودى ...

بسم الله الرحمن الرحيم

" ربنا لاتزغ قلوبنا بعد إذ هديتنا وهب لنا من لدنك رحمة إنك أنت الوهاب * ربنا إنك جامع الناس ليوم لاريب فيه إن الله لايخلف الميعاد ".

صدق الله العظيم .....

سورة آل عمران " الآيتين رقمى (٨ ، ٩) "

بســـم الله الرحمـــن الرحيـــم
والصلاة ، والسلام على سيدنا محمد
وعلـــى آلـــه ، وصحبـــه ، وسلـــم

الحمد لله نستعينه ، ونستهديه ، ونستغفره ، ونتوب إليه ، ونعوذ بالله من شرور أنفســنا ، ومــن سيئات أعمالنا ، من يهد الله ، فلا مضل له ، ومن يضلل ، فلاهادى له ، ونشهد أن لااله إلا الله ، وحده لاشريك له ، ونشهد أن سيدنا محمدا – **صلى الله عليه ، وسلم** – عبده ، ورسوله ، أرسله بين يدى الساعة بشيرا ، ونذيرا ، وداعيا إلى الله بإذنه ، وسراجا منيرا ، فهدى به من الضلالة ، وبصر به من العمى ، وأرشد به من الغى ، وفتح به أعينا عميا ، وآذانا صما ، وقلوبــا غلقــا ، حيث بلغ – **صلى الله عليه ، وسلم** – الرسالة ، وأدى الأمانة ، ونصح الأمة ، وجاهد فــى الله حق جهاده وعبد الله – **سبحانه ، وتعالى** – حتى أتاه اليقين . صلى الله عليه ، وعلى آله ، وسلم تسليما ، وجزاه عنا أفضل ماجزى نبيا عن أمته .

أمــا بعـــــد . . .

فإنه إذا كان من الازم عند رفع الدعوى القضائية إلى القاضى العام فى الدولة بيان موضوعها بعبارة صريحة ، وواضحة " **المادة (٢/٦٣) مــن قــانون المرافعــات المصــرى** " ، فإنــه يجب – **ومن باب أولى** – مراعاة ذلك فى التقاضى أمام غير القضاء العام فى الدولة [١] .

ويجب أن يتضمن الإتفاق على التحكيم تحديدا للنزاع الذى يدخل أصلا فــى الولايــة القضــائية المقررة للقضاء العام فى الدولة [٢] ، باعتبار أن حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ينبغى أن يكون شاملا له – **دون غيره** [٣] .

---

(١) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – ص ٦٣٨ ، عز الــدين الدناصــورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ط٣ – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١١٢٠ .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٨٦/٢/١٠ – فى الطعن رقم (١٥٧٩) – لســنة (٤٩) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد حسنى – قضاء النقض البحرى – الطبعــة الأولى –١٩٨٦ – منشــأة المعــارف بالأسكندرية – بند ٥٥ ، ص ٨٢ ، ومابعدها – القاعدة رقم (٣٢) .

(٣) أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٩ ، علــى بركات – خصومة التحكيم – الرسالة المشار إليها – بند ٢٨٣ ، ص ٢٧٧ .

وفى صدد تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإنه لايعمل بالضابط المقرر فى قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، عند خلو صحيفة افتتاح الدعوى القضائية من بيان موضوعها ، وقائعها ، أدلتها ، طلبات المدعى ، وأسانيدها " **المادة (٢/٦٣) من قانون المرافعات المصرى** " ، وماإذا كان يترتب البطلان جزاء نقص البيانات المتقدمة ، أم لايترتب ؟ ، وإنما يكفى لصحة الإتفاق على التحكيم أن يذكر فيه موضوع التحكيم بوجه عام ، دون تفصيل أوجه النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم [١] .

إكتفاء أحكام القضاء بتحديد الأطراف المحتكمون للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحديدا عاما ، دون تفصيل لأوجهه :

إكتفت أحكام القضاء بتحديد الأطراف المحتكمون للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تحديدا عاما ، دون تفصيل لأوجهه ، كأن يكتفى باتفاق الأطراف المحتكمين على التحكيم لتصفية حساب بينهم ، أو للفصل فى منازعات ناشئة عن تنفيذ عقد إيجار منزل أحدهم ، أو للفصل فى المنازعات الناشئة بين الزوجين ، فى نظام إشتراك الأموال الذى تم الزواج على أساسه [٢] .
وتطبيقا لذلك ، فقد قضى بأنه :

" عقد التحكيم الذى تكلف فيه هيئة التحكيم بالفصل فى النزاع القائم بين الأطراف المحتكمين بموجب الدعاوى القضائية القائمة بينهم أمام المحاكم يعتبر صحيحا . إذ أن الإشارة إلى تلك الدعاوى القضائية يعتبر تحديدا للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم " [٣] .

وانظر أيضا :

Cass . Civ . 21 Fev . 1978 . Rev . Arb . 1978 . 472 .

(١) أنظر : محمد عبد الخالق عمر – النظام القضائى المدنى – ص ١٠٠ ، نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية ، والتجارية – الطبعة الأولى – ١٩٦٠ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٦٥١ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ، ص ٣٨ .

(٢) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . N . 143 . p . 100 .

وانظر أيضا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٥ ، ص ٣٧ .

(٣) أنظر : حكم محكمة التمييز المدنية اللبنانية – غرفة أولى – القرار رقم (٣١) – الصادر فى (٢٦) آذار – سنة ١٩٦٣ – النشرة القضائية (١٩) – ص ١١٤١ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الإشارة المتقدمة . عكس هذا : حكم محكمة المنيا الإبتدائية – الصادر فى ١٠فبراير سنة ١٩٤٩ – المحاماه المصرية – ٣٠ – ٧٨١ – ٣٨١ . حيث قضى فيه بأنه : " النص فى مشارطة التحكيم – أى

كما قضى بأنه :

" يمكن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بأية عبارة نافية للجهالة " [١] .

يجب – وفى كل حالة – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بشكل كاف :

ليسمح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة ، المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم تقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم قد التزمت بحدود المهمة التى عهد إليها القيام بها ، من عدمه [٢] .

وتحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يكون أمرا لازما ، ولو كانت هيئة التحكيم قد عهد إليها بمهمة التحكيم ، مع تفويضها بالصلح بين الأطراف المحتكمين .

تفويض الوكيل فى التوكيل الخاص ، يجيز له تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، والمراد الفصل فيه عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية – دون المحكمة المختصة بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه :

فيجب أن يتضمن التوكيل الخاص بتفويض الوكيل تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فإذا لم يتضمن التوكيل الخاص تحديده ، فإن الموكل يكون قد ترك أمر تحديده لتقدير الوكيل ، وفوضه فى ذلك [٣] .

وثيقة التحكيم الخاصة – على تحكيم المحكمين فى الفصل فى المنازعات التى تنشأ بين الأفراد ، والمرفوع بشأنها قضايا أمام المحاكم ، هو نصا تعميميا — لاتحديد فيه ، وغير موضح فيه موضوع المنازعة محل التحكيم بالتصريح ، مما يجعل عملية التحكيم باطلة" . مشارا لهذا الحكم لدى : فتحى والى — الإشارة المتقدمة .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : op . cit . , N . 144 . p . 119 . Note . 28 .

وانظر أيضا : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ .

(٢) أنظر :

RUBELLIN – DEVICHI : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 102 . ou commercial . Fasc . 210 . N . 13 ; DE BOISSESON et DE JUGLART op . cit . , N . 143 . P . 1980 . Note . 23 ..

تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم هو مقتضى الرغبة فى ألا ينزل الأطراف المحتكمون عن ولاية القضاء العام فى الدولة إلا فى نزاع محدد ، والسماح للقاضى العام فى الدولة المرفوع إليه الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بتقدير ماإذا كانت هيئة التحكيم قد التزمت بحدود المهمة التحكيمية التى عهد بها إليها من قبل الأطراف المحتكمين ، أم لا ؟ :

فقد ترى المحكمة المرفوع إليها الطعن باستئناف حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الدعوى القضائية الأصلية المبتدأة المرفوعة بطلب بطلان حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أن هيئة التحكيم قد فصلت فيما لم يطلبه منها الأطراف المحتكمون ، أو أنها قد حكمت بأكثر مما طلبوه منها [1] .

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه :

" التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو يكون مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة الأطراف المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم ، ويجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيينا لموضوع النزاع ، حتى تتحدد ولاية المحكمين ، ويتسنى رقابة مدى التزامهم بحدود ولايتهم " [2] .

---

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند (٢٨) م (١) ، ص ٧١ ، ٧٢ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٣٣/ب ، ص ٦٧ ، ومابعدها .

(١) أنظر :

DE BOISSESON et DE JUGLART : Le droit Francais de l'arbitrage . Juridictionnaires . Joly . Paris . 1990 . N . 144 . P . 119 . Note . 31 .

(٢) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – فى الطعن رقم (١٤٩) – لسنة (١٩) ق . مشارا لهذا الحكم لدى : حسن الفكهانى – الموسوعة – الإصدار المدنى – الجزء الرابع – بند ١٠٥٥ ، ص ٥٥٠ ، ١٩٧١/٢/١٦– فى الطعن رقم (٢٧٥) – لسنة (٣٦) ق – مجموعة المبادئ – س (٢٢) – ص ١٧٩ ، ١٩٨٨/٣/٣٠– فى الطعن رقم (١٠٥٣) – لسنة (٥١) ق – مشارا لهذا الحكم لدى : حسن الفكهانى – الموسوعة – ملحق رقم (٥) – القاعدة رقم (١٢٤٧) – ص ١٠١٨ ، ١٩٨٩/٥/١٨ – فى الطعن رقم (٧٤٠) – لسنة (٥٢) ق – مشارا لهذا الحكم لدى المرجع السابق – القاعدة رقم (١٢٤٨) – ص ١٠١٨ .

وبمناسبة دعوى قضائية أصلية مبتدأة ، مرفوعة بطلب بطلان مشارطة تحكيم ، على أساس أنها قد تضمنت منازعات لايجوز الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم ، لتعلقها بالنظـام العـام فـى القانون ، أو لدخولها فى دائرة الحقوق التى لايجوز التصرف فيهـا ، قضـت محكمـة الـنقض المصرية بأنه :

" لكى يتسنى لها بسط سلطانها ، لمراقبة ذلك ، يتعين على محكمة الموضوع أن تبـين علـى نحو كاف موضوع النزاع – والواقع فى شأنه التحكيم – حتى يمكن التأكد مما إذا كان موضوع النزاع من نوع الحقوق التى يملك الأطراف المحتكمون مطلق التصرف فيها ، فيصح التحكـيم بشأنها " [٣] .

وفى قضية أخرى لاحقة ، ربطت محكمة النقض المصرية بين ماأوجبته المادة (٨٢٢) من قانون المرافعات المصرى السابق رقم (٧٧) لسنة ١٩٤٩من اشتراط تضمين الإتفاق على التحكيم تعيينا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، حتى تتحدد ولاية هيئة التحكيم ، ويتسنى رقابة مدى التزامها بحدود ولايتها ، وبين كون التحكيم طريقا إستثنائيا لفض الخصومات ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، فهو مقصورا حتما على ماتنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم [١] .

يجب بيان موضوع النزاع الذى يدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة فى مشارطة التحكيم أو – على الأقل – فى أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم :

حتى يكون النزاع محددا ، وحكم التحكيم الصادر فيه شاملا له – **دون غيره** – فينشأ بذلك التحديد إستعمال الحق المخول فى القانون ، وهو طلب بطلان حكم التحكيم الصادر فيه ، فتنص المادة (١٤٤٨/١) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" يجب أن تتضمن مشارطة التحكيم تعيين موضوع النزاع وإلا وقعت باطلة " .

---

[٣] أنظر : حكم محكمة النقض المصرية — الدائرة المدنية — الصادر بجلسة ٣٠ يناير سـنة ١٩٤٧ — مجموعـة محمود عمر — الجزء الخامس — ص ٣٤٣ .

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى — جلسة ١٩٥٢/١/٣ — مجموعة أحكام السنة الثالثة — ص ٣٢٨ — حكـم رقم (٥٧) — المحاماه المصرية — السنة (٣٣) — ص ١٢٢٨ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمـد أبـو الوفـا — التعليق على نصوص قانون المرافعات — الطبعة الثانية — منشأة المعاف بالأسكندرية — ص ١٥٢٠ .

كما تنص المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" ٢ – **يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقا على قيام النزاع ، سواء قام مستقلا بذاته ، أو ورد فى عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التى قد تنشأ بين الطرفين ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد موضوع النزاع فى بيان الدعوى المشار إليه فى الفقرة الأولى من المادة (٣٠) من هذا القانون . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكيم وإلا كان الإتفاق باطلا .**

٣ – **ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد** " [١] .

ومفاد النصوص المتقدمة ، أن تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم يمكن أن يتحقق فى أشكال مختلفة ، وتختلف طريقة تحديده بحسب الصورة التى يتخذها الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان ، أم مشارطة** .

أولا – تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لمشارطة التحكيم :

قد يكون تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى وثيقة التحكيم ذاتها ، أى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطراف المحتكمين ، لمواجهة منازعة قائمة بالفعل بينهم ، وناشئة عن علاقة قانونية محددة – **سواء كانت علاقة عقدية ، أم غير عقدية** – فهى بطبيعتها تتضمن التحكيم فى نزاع معين ، ومحدد بين الأطراف المحتكمين . وعندئذ ، يجب أن تتضمن إبتداء تحديدا لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم ، وإلا كانت باطلة .

---

[١] كانت المادة (٣/٥٠١) من قانون المرافعات المصرى الحالى رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ – والملغاة بواسطة القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – تنص على أنه :

" يجب أن يحدد موضوع النزاع فى وثيقة التحكيم ، أو أثناء المرافعة ولو كان المحكمين مفوضين بالصلح ، وإلا كان التحكيم باطلا " .

يتحدد موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيـــه عـــن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطراف المحتكمون أنفسهم :

يتحدد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى مشارطة التحكيم التى تبرم بعد نشأة النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بمعرفة الأطـــراف المحتكمـــون أنفســـهم ، فتـــنص المـــادة (١/١٤٤٨) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" **يجب أن يحدد الخصوم موضوع النزاع فى مشارطة التحكيم ، وإلا كانت باطلة** " .

كما تنص المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لســـنة ١٩٤ فـــى شـــأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية على أنه :

" **. . . كما يجوز أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت فى شأنه دعوى أمام جهة قضائية وفى هذه الحالة يجب أن يحدد الإتفاق المسائل التى يشملها التحكــيم ، وإلا كـــان الإتفاق باطلا** " .

ثانيا – تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم [١] :

قد يكون تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم واردا فى شـرط التحكـيم ، والمدرج فى عقد من العقود – سواء كان عقدا مدنيا ، أم عقدا تجاريا ، أم عقدا إداريا ، أو فى طلب التحكيم :

تنص المادة (١٤٤٥) من مجموعة المرافعات الفرنسية على أنه :

" **النزاع يرفع أمام هيئة التحكيم بواسطة المحكمين معا أو بواسطة الخصم صاحب المصلحة فى التعجيل برفع الدعوى أمام هيئة التحكيم** " ، وهو مايعنى ، أن موضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم قد يتحدد بمعرفة خصم واحد ، وهو نفس المعنى الذى نصت عليه المادة (٢/١٠) من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المـواد المدنية والتجارية عندما أجازت تحديد موضوع النزاع المراد الفصل فيه عـن طريـق نظـام التحكيم فى بيان الدعوى ، والذى يجب على المدعى أن يرسله إلى المدعى عليه عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم .

ويمكن القول بالنسبة لشرط التحكيم بأن المنازعات موضوعه تحدد بأنها الناشئة عن تفسـير ، أو تنفيذ عقد معين .

ويعتبر باطلا العقد المبرم بين شخصين ، والذى يتفق فيه على عرض أى نزاع ينشأ بينهما فـى المستقبل على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للفصل فيه [٢] .

لايشترط أن يرد تحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم فى ذات العقد المتضمن شرط التحكيم ، وإنما يمكن أن يشير هذا العقد إلى عقد ، أو عمل قانونى آخر [٣] ، بل مـن الممكن تحديد النزاع بعد ذلك أثناء المرافعة أمام هيئة التحكيم [١] :

---

[١] فى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالنسبة لشرط التحكيم ، والتطبيقات القضائية فى هذا الشأن ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود شرط التحكـيم – المقالـة المشـار إليهـا – ص ٢٦ ، ومابعدها .

[٢] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الأولى – ١٩٨٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – ص ١١٢ .

[٣] أنظر : فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – الطبعة الثالثة – ١٩٩٣ – مطبعة جامعة القـاهرة ، والكتاب الجامعى – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ .

ذلك أنه وإن كان شرط التحكيم يحصل عند إبرام العقود ، وكان الغرض منه إخضاع ماينشا عن هذه العقود من منازعات فى المستقبل لنظام لتحكيم ، فإنه لايتصور أن يتضمن هذا الشرط موضوع نزاع لم ينشأ بالفعل بين الأطراف المحتكمين .

يجب أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه المحتكمين ، ألا وهو التزامهم بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية عن طريق نظام لتحكيم :

بحيث إذا خلا شرط التحكيم من هذا الإلتزام ، فإنه يكون قد فقد مغزاه ، لأنه يكون واردا حينئذ على غير محل [٢] ، ويمثل هذا الإلتزام الحد الأدنى لمضمون شرط التحكيم ، والذى إذا تخلف ، فإن شرط التحكيم يكون قد فقد ركن المحل ، والخاص بتحديد النزاع المراد الفصل فيه عن طريق نظام التحكيم .

---

[١] أنظر : محمد كامل مرسى – شرح القانون المدنى الجديد – العقود المسماه – ١٩٤٨ – المطبعة العالمية بالقاهر– بند ٢٨٧ ، ص ٣٩٢ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى ، ط٥ – ١٩٨٨ – منشأة المعارف بالأسكندرية – بند ١٤ ، ص ٣٥ ، فتحى والى – الوسيط فى قانون القضاء المدنى – ط٣ – ١٩٩٣ – بند ٤٣٩ ، ص ٩٠٨ ، ٩٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – بند ٣٤ ، ص ١٩٨ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٢/٥٠ ، ص ١٣٧ .

(٢) حول ضرورة أن يتضمن شرط التحكيم الإلتزام الأساسى لأطرافه ، بحل المنازعات المستقبلية ، والتى يمكن أن تنشأ عن تفسير ، أو تنفيذ العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية عن طريق نظام لتحكيم ، أنظر :

Dalloz . Nouveau Repertoire De Droit . 1947 . N . 48 et s ; Repertoire De Droit Commercial . Arbitrage commercial . T . 1 . 1972 . N . 2 , 27 , N . 52 et s ; EMILE TYAN : Le Droit de l'arbitrage . P . 194 et s ; Repertoire De Droit Civile . Deuxieme edition . T . 11. N . 205 et s ; MOSTEFA – TRARI TANI : De la clause compromissoire . P . 185 et s .

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١٩٠ ، ومابعدها .

وحول أمثلة لصياغة شروط التحكيم فى العقود بصفة عامة ، والنص على منح هيئة التحكيم سلطة نظر أية منازعة يمكن أن تنشأ عن تفسير العقد الذى يتضمنه ، أو تنفيذه ، أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – بند ١٧ ، ص ٢٢٠ .

يجوز للأطراف المحتكمين إضافة بيانات أخرى إختيارية ، يتحدد بها مضمون شرط التحكيم :

يجوز مثلا أن يتضمن شرط التحكيم الإتفاق على قصره على بعض المنازعات المحتملة – **دون غيرها** [١] – أو الإتفاق على الحدود التى تتقيد بها هيئة التحكيم عند نشأة النزاع موضوع شرط التحكيم ، أو على القواعد ، والإجراءات الواجبة الإتباع أمامها ، أو تخويلها صفة هيئة التحكيم المفوضة بالصلح بين الأطراف المحتكمين ، أو استبعاد أى طريق من طرق الطعن الجائزة ضد حكم التحكيم الصادر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، أو الإحتفاظ بحق الطعن فيه أمام درجة أعلى من درجات التقاضى ، بطبيعة الحال فى حدود مايسمح به القانون [٢] .

---

(١) فكما يجوز أن يتضمن شرط التحكيم نصا بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ فى المستقبل عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه عن طريق نظام التحكيم ، بدون تحديد مواطن النزاع ، فإنه يجوز كذلك أن يقتصر شرط التحكيم على النص على الفصل فى بعض المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، والتى يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين عن تفسير عقد من العقود ، أو تنفيذه فى المستقبل ، أى عن جزء فقط من تلك المنازعات المحتملة ، وغير المحددة ، أنظر : حكم محكمة مصر الكلية الأهلية – الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٣٦ – رقم (٧٣) سنة ١٩٣٤ . مشارا لهذا الحكم القضائى لدى : مجلة المحاماه المصرية – السنة السادسة عشر – العددان التاسع ، والعاشر – ص ٩٥١ ، ٩٥٢ .

فقد يتفق الأطراف المحتكمون فى شرط التحكيم على أن يكون التحكيم كليا ، أى شاملا لجميع المنازعات المتعلقة بتفسير عقد من العقود ، أو بتنفيذه – سواء كانت ذات طابعا قانونيا ، أم فنيا أم ماليا ، أم اقتصاديا – وقد يكون اتفاقهم على التحكيم جزئيا ، يشتمل على بعض أنواع من المنازعات المتقدمة – كالمنازعات القانونية ، أو المنازعات ذات الطابع الفنى فقط – أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨– بند ٢٢ ، ص ٣٢ .

وفى دراسة صيغ النزاع المحتمل ، وغير المحدد فى شرط التحكيم ، أنظر :

Repertoire De Droit Commercial . Deuxieme edition . 1987 . T . 111 . N . 139 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . 1988 . T . 1 . Arbitrage . N . 150 et s .

وانظر أيضا : رضا محمد إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – مجلة الدراسات القانونية – كلية الحقوق – جامعة أسيوط – العدد السادس– يونية سنة ١٩٨٤ –بند ٢/١٦ ، ص ٢١٢ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٣ ، ومابعدها .

(٢) فى استعراض البيانات الإختيارية الأخرى ، والتى يمكن أن يتضمنها شرط التحكيم ، أنظر :

Encyclopedie juridique . Arbitrage . 1955 . N . 130 et s ; EMILE TYAN : Le droit de l'arbitrage . P . 188 et s ; Repertoire De Droit Commercial . T . 1 . 1972 . N . 88 et s ; Arbitrage commercial . T . 1 . 1988 . N . 74 et s ; Repertoire De Droit Procedure Civile . T . 1 . 1988 . N . 151et s .

والتزام أطراف شرط التحكيم بالفصل فيمايثور بينهم من منازعات محتملة ، وغير محـــددة فـــى المستقبل عن طريق نظام التحكيم يتحدد – **وبطبيعة الحـــال** – بالمنازعات التى يجوز الفصل فيها بهذا الطريق ، بحيث يكون شرط التحكيم باطلا ، متى تعلق بغير هذه المنازعات (١) .

إختلاف مضمون الإلتزام الخاص بتحديد المنازعات المراد الفصل فيها عن طريق نظام التحكيم فى شرط التحكيم عن مشارطته يكون أمرا طبيعيا :

لأن مشارطة التحكيم تقتضى أن تكون المنازعة معلومة ، بخلاف شرط التحكيم ، والذى يتقـــرر بين أطراف عقد من العقود – **وأيا كانت طبيعته** – أى قبل نشأة النزاع ، فهو – **وبطبيعة الحـــال** – يواجه منازعات محتملة وغير محددة ، يمكن أن تنشأ بين الأطراف المحتكمين فى المســـتقبل عن العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شـــرط التحكـــيم (٢) . فمشـــارطة التحكيم تختلف عن شرطه ، فى تبيانها بوضوح لموضوع النزاع المراد الفصل فيه عن طريـــق نظام التحكيم . أما شرط التحكيم ، فإنه يرد على نزاع محتمل ، وغيـــر محـــدد ، وفيـــه ينـــزل الأطراف المحتكمون بالفعل عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، فيما لو نشأ نزاعـــا عـــن تفسير العقد الأصلى مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم ، أو تنفيذه . بل وفى

وانظر أيضا : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٣٤ ، ص ١٩٩ .

وفى بيان تطبيقات عملية لصياغة شروط التحكيم ، والأشكال المختلفة فى مختلف الإتفاقات ، فى إطـــار العلاقـــات التجارية ، أنظر : أحمد شرف الدين – مضمون بنود التحكيم ، وصياغتها فى العقود الدولية – بحث مقدم فى ندوة حول أهمية الإلتجاء إلى التحكيم التجارى بالمنطقة ، بدلا من الإلتجاء إليه فى دول الغرب ، والذى عقـــد بـــالمركز التجارى بالأسكندرية _ فى الفترة من (١٩) إلى (٢١) أكتوبر سنة ١٩٨١ – ص ص ٦ – ٣٠ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٩٢ ، ومابعدها .

وفى بيان كيفية تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم وفقا لأحكام اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ – والخاصة بالإعتراف ، وتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية – أنظر : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدوليـــة الخاصـــة – بند ١٨٨ ، ومايليه ، ص ٣٥١ ، ومابعدها .

(١) فى بيان القانون الواجب التطبيق على النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فى العلاقات الدوليـــة الخاصـــة ، أنظر : إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – بدون سنة نشـــر – بـــدون دار نشـــر – ص ١٥٠ ، ومابعدها .

(٢) أنظر : أحمد قمحة ، وعبد الفتاح السيد – التنفيذ علما ، وعملا – بند ٩٤٤ .

كثير من الأحيان ، تتم مشارطة التحكيم أثناء نظر الخصومة أمام القضاء العام فى الدولة ، ويتفق أطرافها على وقف السير فيها ، عملا بنص المادة (١٢٨) من قانون المرافعات المصرى ، حتى يتهيأ لهم الجو الملائم لإتمام عملية التحكيم ، والوصول لتسوية النزاع بينهم بشكل مناسب .

تفسير القضاء العام فى الدولة للأثر السلبى للإتفاق على التحكيم [1] :

فكرة عامة عن تفسير العقود بصفة عامة :

لتحديد مضمون أى عقد ، يلزم أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها :
وقد تكون هذه العبارات ، أو بعضها غامضة . وعندئذ ، يلزم التفسير ، لاستجلاء المعنى .

إستخلاص معنى العقد إنما يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه :

فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها ، لايعتبر من أحكام العقد .
وتكون الإرادة المشتركة لطرفى العقد أمرا معنويا ، ولكنه يستخلص أساسا من عبارة العقد ، فضلا عن الظروف ، والملابسات التى تكتنف إبرامه .

تتخذ عبارة العقد إحدى صورتين أساسيتين : الصورة الأولى : إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة ، والصورة الثانية : إذا كانت عبارة العقد غامضة :
تتخذ عبارة العقد – من حيث أنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه ، ومن ثم المعنى المقصود من العقد – إحدى صورتين أساسيتين :
الصورة الأولى – إذا كانت عبارة العقد واضحة الدلالة :
عبارة العقد إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، ماكانت فى حاجة إلى تفسير ، ووجب على القاضى العام فى الدولة – كأصل عام – أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها ، دون أن ينحرف عنه :
فقد نصت المادة (١/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

---

[1] فى تفسير القضاء العام فى الدولة للأثر السلبى للإتفاق على التحكيم ، أنظر : المؤلف – إتفاق التحكيم ، وقواعده – الرسالة المشار إليها – بند ٢٢ ، ومايليه ، ص ٦٣ ، ومابعدها ، على سالم إبراهيم – ولاية القضاء على التحكيم – الرسالة المشار إليها – ص ١٧٢ ، ومابعدها .

" ١ – إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الإنحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين " .

والصورة الثانية – إذا كانت عبارة العقد غامضة :

وقد تجئ عبارة العقد متسمة بالغموض فى دلالتها على ماقصدته منها الإرادة المشتركة لعاقديه . وعندئذ ، إن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الإلتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غموضها ، وتحديد حقيقة المقصود من دلالتها .

دور القاضى العام فى الدولة فى تفسير العقـــود بصفة عامة [1] :

يناط تفسير العقد أصلا بالقاضى العام فى الدولة .

حينما يفسر القاضى العام فى الدولة العقد ، فإنه يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه :

وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد من مجموع وقائعه ، وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه ، أو عباراته ، ومع الإستهداء بطبيعة التعامل ، والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قد قصداه ، والعادات الجارية ، وماينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النيـــة ، وشرف التعامل ، وقد نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدنى المصرى على أنه :

" ٢ – أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقـــدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الإستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغـــى أن يتوافر من أمانة ، وثقة بين المتعاقدين ، وفقا للعرف الجارى للمعاملات " .

ماينبغى على القاضى العام فى الدولة مراعاته عند تفسير العقود بصفة عامة :

على القاضى العام فى الدولة – **وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، من خلال تفسيره لعبارات العقد الغامضة** – أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ، مجموع عباراتـــه ، وشروطه ، أو بنوده [2] .

---

[1] فى بيان أحكام تفسير العقود بصفة عامة ، أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفـــردة – دراسة مقارنة – بند ٢٦٥ ، ومايليه ، ص ٥٢٢ ، ومابعدها ، عبد الحكيم فودة – تفســـير العقـــد فى القـــانون المصرى ، والمقارن – الطبعة الأولى – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأســـكندرية . وبصـــفة خاصـــة ، ص ٩٦ ، ومابعدها .

[2] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – بند ٢٦٥ ، ص ٥٢٣ .

ينبغى على القاضى العام فى الدولة – وهو فى مجال تفسير العقود – ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقد ، وعباراته :

العبرة فى العقود – **كما فى غيرها** – بالمقاصد ، والمعانى ، وليس بالألفاظ ، والمبانى .
وعلى القاضى العام فى الدولة أن يستهدى فى تفسير العقد بطبيعة التعامل ، ومايتبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة ، وثقة ، وفقا للعرف الجارى فى المعاملات .

التفسير لدى القاضى العام فى الدولة ليس غاية فى ذاته ، بل هو وسيلة للفصل فى الحالة المعروضة عليه :
وهو لذلك يتأثر بالنتائج العملية التى يؤدى إليها تطبيق الرأى الذى يهم باعتماده فى الحالات الواقعية .

قد يقتضى تعيين موضوع العقد تفسيره ، ويتولى القاضى العام فى الدولة تفسير العقد ، ليصل إلى تحديد الإلتزامات التى أنشأها ذلك العقد ، عن طريق الكشف عن إرادة المتعاقدين ، وتطبيق نصوص القانون (١) :

وسيلة القاضى العام فى الدولة فى ذلك تكون محددة بنصوص القانون (٢) .

لاتعدوا الأمور التى حرص القانون على أن يوجه نظر القاضى العام فى الدولة إليها ، ليستهدى بها ، وهو بصدد تفسير العقد أن تكون مجرد إرشادات تقدم للقاضى العام فى الدولة ،

---

(١) أنظر : محمود جمال الدين زكى – النظرية العامة فى الإلتزامات فى القانون المدنى المصرى – القاهرة – ١٩٨٧ – ص ٣١٢ .

(٢) أنظر :
ERIC – LOQUIN : Juris – Classeur . Procedure Civile . Fasc . 1032 . ou commercial . Fasc . 215 . N . 15 .
وانظر أيضا : فتحى والى – قانون القضاء المدنى اللبنانى – دراسة مقارنة – الطبعة الأولى – ١٩٧٠ – دار النهضة العربية بالقاهرة – بند ٧٢ ص ١٢٦ ، محمد كمال عبد العزيز – تقنين المرافعات – ص ٤٤٦ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – الرسالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ص ١١٢٠ .

لمساعدته فى تفسير العقود بصفة عامة ، وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقاضى العام فى الدولة أن يستعين بها :

القانون إذ يقدم للقاضى العام فى الدولة إرشاداتها لم يغفل عن أن تفسير العقود بصفة عامة فى النهاية فن ، ذوق ، كياسة ، وخبرة [٣] .

يمثل تفسير العقود بصفة عامة – وباعتبار أنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه – أمرا من أمور الواقع :

ومن ثم ، فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقبا من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [١] .

تطبيق قواعد تفسير العقود بصفة عامة على الأثر السلبى للإتفاق على التحكيم :

على القاضى العام فى الدولة أن يتحقق من تطابق إرادات الأطراف المحتكمين فى شأن النزاع المعروض على هيئة التحكيم ، للفصل فيه :

خاصة ، إذا كانت إرادة الأطراف المحتكمين واضحة فى قصر ولاية هيئة التحكيم على منازعات معينة – **دون غيرها** .

يجب أن تفسر إرادة الأطراف المحتكمين تفسيرا ضيقا :

لأن حكم التحكيم يجب أن يكون شاملا فقط للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ولايمتد إلى سواه [٢] .

---

[٣] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – بند ٢٦٥ ، ص ٥٤٢ .

[١] أنظر : عبد الفتاح عبد الباقى – نظرية العقد ، والإرادة المنفردة – بند ٢٦٧ ، ص ٥٣٠ .

[٢] أنظر : عبد الحميد أبو هيف – طرق التنفيذ ، والتحفظ فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ١٣٦٥، ص ٩٩٩ ، رمزى سيف – قواعد تنفيذ الأحكام ، والسندات الرسمية – بند ٨٣ ، ص ٧٢ ، فتحى والى – مبادئ قانون القضاء المدنى – بند ٤١٠ ، ص ٧١٧ ، ٧١٨ ، أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٨ ، أحمد محمد مليجى موسى – تحديد نطاق الولاية القضائية ، والإختصاص القضائى – ص ٢٠٩ ، حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ١٢ ، ص ٥٥ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – ص ١١٢٠ .

على القاضى العام فى الدولة – وإعمالا للقواعد العامة فى التفسير – الإلتزام بمبدأ التفسير الضيق ، عندما يريد تحديد نطاق النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، فلا يجوز التوسع فيه ، لما يتسم به نظام التحكيم من طبيعة إستثنائية :

بمعنى آخر ، يجب على القاضى العام فى الدولة أن يلتزم كامل الحيطة ، والحذر عند تفسير الإتفاق على التحكيم ، فلايعمل على التوسع فى تحديد النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، ليتمكن من التعرف على القصد الحقيقى لأطراف الإتفاق على التحكيم ، والتأكد مما إذا كانت إراداتهم قد اتجهت بالفعل – **وبغير لبس ، أو غموض** – للإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة [٣] .

تطبيقات لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم :

تطبيقا لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم فقد قضى بأنه :
" إذا انصب الإتفاق على التحكيم على تفسير عقد من العقود ، فلا ينصرف ذلك إلى المنازعات التى يمكن أن تنشأ عن تنفيذ العقد " [١] .
كما قضى بأنه :
" إذا نص فى شرط التحكيم على اختصاص هيئة التحكيم بالمنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، فإنها لاتستطيع أن تفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وإنما يختص بها القاضى العام فى الدولة ، لخروجها عن نطاق شرط التحكيم ، فضلا عن أن هدف تفسير أى عقد من العقود هو الوصول إلى القصد الحقيقى للمتعاقدين . بينما تنفيذه هو أثرا للإلتزام . إذ يترتب على الإلتزام تنفيذه ، فإذا لم ينفذ التزامه اختيارا ، جاز إجباره عليه . ولكن إذا وجد نصا صريحا

---

[٣] أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٢٨ .

[١] أنظر : حكم محكمة مصر الكلية – الصادر فى ١٩٣٠/٣/٩ – المحاماه المصرية – س (١٢) – رقم (٢٢٤) – ص ٤٤٧ . وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ – فى الطعن رقم (٤٠٦) – لسنة (٣٠) ق ـ ص ٧٧٨ ، مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد حسنى – قضاء النقض البحرى – ص ٦٩ – القاعدة رقم (٤٣٠) .

فى شرط التحكيم ، أو جاء شرط التحكيم عاما ، فإن هيئة التحكيم تختص عندئذ بتفسير شروط العقد " [٢] .

وإذا اتفق الأطراف ذوو الشأن على التحكيم – **بموجب شرط للتحكيم** – للفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ ، أو تفسير عقد معين ، فلايجوز أن تطرح على التحكيم منازعات ناشئة بينهم عن تنفيذ ، أو تفسير عقد آخر [١] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون على ألا يخضع للتحكيم إلا المنازعات المتعلقة بعقد شركة قائمة بينهم ، والتى تحدث بين الشركاء أنفسهم ، أو بين هؤلاء ، وبين مجلس إدارتها ، فإن المنازعة التى تحدث بين الشركة نفسها – **كشخص معنوى** – وبين مديرها السابق ، لاتدخل ضمن اختصاص هيئة التحكيم [٢] .

---

(٢) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 72 .

وانظر أيضا : محمد كمال أبو الخير – قانون المرافعات معلقا على نصوصه بآراء الفقه ، وأحكام المحاكم – الطبعة الرابعة – ١٩٥٨ – الناشر محمد خليل بالقاهر – ص ١٠٤٩ ، أحمد أبو الوفا – التعليق على نصوص قانون المرافعات – الطبعة الأولى – ١٩٦١ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ١٧٨٣ ، التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٢، ص ٣٢ ، فتحى والى – قانون القضاء المدنى اللبنانى – بند ٧٢ ، ص ١٢٦ ، عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٠ ، محمود محمد هاشم – النظرية العامة للتحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية – بند ٦٢ ، ص ١٨٨ . عكس هذا : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – البحث المشار إليه – بند ١٧ ، ص ٢٢٠ . حيث يرى سيادته أن لهيئة التحكيم سلطة تفسير الإتفاق على التحكيم ، لتحديد نطاق سلطتها ، على أن يبقى تفسيرها خاضعا لرقابة القضاء العام فى الدولة ، تأسيسا على جواز أن يدرج شرط التحكيم فى عقد معين ، فيشمل كافة ماينشأ عن هذا العقد من منازعات – وأيا كان نوع هذه المنازعات ، سواء كانت خلافا حول تفسير بنود نصوص العقد ، أو كانت جزاء يطالب به أحد أطراف العقد بتعويضه ، نتيجة إخلال الأطراف الآخرين فيه بتنفيذ التزاماتهم الناشئة عنه . فضلا عن أن التفسير ماهو إلا الإستدلال على الحكم القانونى ، وعلى الحالة النموذجية التى وضع لها هذا الحكم .

(١) أنظر :

ERIC – LOQUIN : op . cit ., N . 15 .

وانظر أيضا : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٧٦/١/١٦ – السنة (٢٧) ق – ص ١٣٨ . مشارا لهذا الحكم لدى : عز الدين الدناصورى ، حامد عكاز – التعليق على قانون المرافعات – الطبعة الثالثة – ١٩٨٥ – طبعة نادى القضاة بالقاهرة – ص ١١٢٤ .

(٢) أنظر :

Cass . Com , 6 Mars . 1956 , J . C . P , 1956 , 11 , 9373 .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون على التحكيم فى شأن النزاع الذى ينشأ عن تنفيذ عقد معين ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم أن تفصل فى نزاع آخر ، يكون مرتبطا به ، ولو كان بين نفس أطـــراف العقد الذى تضمن شرط التحكيم (٣) .

وإذا كان الأطراف المحتكمون قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم عناصر الخطأ الــذى ارتكبه أحدهم فى علاقته بالأطراف الآخرين ، وطلبوا من هيئة التحكيم تقدير التعويض المناسب عن هذه العناصر ، فإنه لايحق عندئذ لهيئة التحكيم الحكم بالتعويض عن عناصر أخرى غير تلك الواردة على سبيل الحصر فى الإتفاق على التحكيم (٤) .

وإذا كان شرط التحكيم ينص على الفصل فى المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقد معـــين ، أو عـــدم تنفيذ مايتضمنه عن طريق نظام التحكيم ، فإنه لايجوز لهيئة التحكيم الحكم ببطلان هــذا العقــد ، وإلا كان هذا الحكم الصادر منها عندئذ باطلا (١) .

ويكون حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم باطلا ، إذا صدر ببطلان عقد بيع ، فى حين كـــان النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم – **وكما تحدد فى مشارطة التحكيم المبرمة بين الأطـــراف المحتكمين** – هو تفسير شروط هذا العقد (٢) .

وإذا كان الأطراف المحتكمون قد حددوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم موضوع النزاع القائم بينهم ، بشأن تنفيذ عقد مقاولة ، ونصوا على تحكيم هيئة تحكيم ، لحسم هذا النـــزاع ، وحـــددوا مأموريتها بمعاينة الأعمال التى قام بها المقاول ، لمعرفة مدى مطابقتها للمواصفات ، والأصـــول الفنية – **من عدمه** – وتقدير قيمة الصحيح من الأعمال ، كما نصوا فى مشارطة التحكيم المبرمة بينهم على تفويض هيئة التحكيم فى الحكم ، والصلح بينهم ، وكان ذلك التفويض بصـــفة عامـــة لاتخصيص فيه ، فإن هيئة التحكيم إذا أصدرت حكم التحكيم فى النزاع القائم بينهم ، وحددت فى منطوقه مايستحقه المقاول عن الأعمال التى قام بها جميعها ، حتى تاريخ الحكم الصـــادر بمبلـــغ

---

(٣) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٦٤ .

(٤) أنظر :

Rennes , 25 Av . 1932 , Rec . 1932 , 439 .

(١) أنظر : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ٣٣ .

(٢) أنظر :

Cass . Com , 28 Janv . 1958 , Rev . Arb . 1958 , 17 ; Paris . 21 Dec . 1964 , Gaz . Pal . 1965 , 1 , 274 ; Paris . 25 Janv . 1972 , Rev. Arb , 1973 , 158 .

معين ، فإنها لاتكون قد خرجت عن حدود مشارطة التحكيم ، أو قضت بغير ماطلبه الأطــراف المحتكمون منها [٣] .

وإذا اتفق الأطراف المحتكمون فى شرط التحكيم المدرج فى عقد معين على أن يتم الإلتجاء إلــى نظام التحكيم للفصل فى المنازعات الناشئة عن تفسيره ، وتنفيذه ، فإن الطلب العــارض الــذى يقصد به طلب التعويض المؤسس على الضرر الذى أصاب أحد الأطــراف المحتكمــين لسـبب خارجى عن هذا العقد ، لايمكن قبوله أمام هيئة التحكيم [٤] .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن قسمة مؤقتة عرفية ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصــادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بالقسمة النهائية .

وإذا اتفق على التحكيم فى شأن حيازة أرض ، فإنه لايجوز أن يمتد حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم إلى مايتعلق بملكية هذه الأرض [١] .

ويقع باطلا حكم التحكيم الصادر من هيئة التحكيم ، والذى فصل فى ملكية عقار ، فى حين كــان موضوع النزاع كما تحدد فى الإتفاق على التحكيم هو تعيين حدود هذا العقار [٢] .

وإذا تبين من الحكم المطعون فيه أن النزاع قد ثار فى الدعوى حول ماإذا كان المطعــون عليــه مهندسا ، يستحق باقى أتعابه المتفق عليها ، ولم يحصل بين الأطراف المحتكمين خلافــا حــول تفسير أى نص من نصوص العقد ، أو إقرار المطعون عليه الذى وافق بمقتضاه علــى أن يــتم صرف باقى مستحقاته عند البدء فى تنفيذ المشروع ، وإنما تنكر عليــه الشــركة – **الطاعنــة** – إستحقاقه الأتعاب ، إستنادا إلى أنه لم يقم بتنفيذ كافة التزامته الناشئة عن العقــد ، وهــى مســألة لاشأن لها بتفسيره ، وهو الموضوع الذى اقتصر الأطراف المحتكمون على عرض النزاع الــذى

---

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٤٤/٥/١١ – مجموعة القواعد القانونية – ٤ – ص ٣٦٣ . مشارا لهذ الحكم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بند ١٧٦ ص ١٨١ .

(٤) أنظر :

Cass . Civ , 16 Juin . 1976 , Rev . Arb , 1977 , 269 , 2e espace .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٢/١/٣ – المحامــاه المصــرية – س (٣٣) – العــدد (٨) – ص ١١٢٩ . مشارا لهذا الحكم لدى : حسنى المصرى – شرط التحكيم التجارى – المقالة المشار إليها – بند ٤ ، ص ٨ . عكس هذا : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبارى – ط٥ – ١٩٨٨ – بنــد ١٣ ، ص ٣٣

(٢) أنظر :

Cass . Civ , 9 Fev . 1955 ,. Rev . Arb , 1955 , 60 .

يثور بشأنه على التحكيم . لما كان ذلك ، فإن الإختصاص ينعقد فى الدعوى القضائية للقضـــاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة بالفصل فى المنازعة [٣] .
وإذا كان موضوع شرط التحكيم المدرج فى عقد بين الأطراف المحتكمين هو حسم المنازعـــات الناشئة عن تنفيذه ، فإن هذا يشمل الطلبات المترتبة على عدم تنفيذه - **كطلب التعويض ، الفوائد ، والفسخ .... إلخ** [٤] .

الإتفاق علـــى التحكيم لايفترض ، وإنما يجـــب أن تنصرف إرادة الأطراف المحتكمـــين إلـــى الفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فـــى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة عن طريق هيئة تحكيـــم ، تتشكل مـــن أفـــراد عاديين ، أو هيئـــات غير قضائية :

إذا كان القانون قد أجاز إلتجاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة إلى نظام التحكيم ، للفصل فـــى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ونظمت قواعده ، فإنه بذلك يكون قد اعترف بحق التقاضى بعيدا عن القضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع المنازعات التى يمكن أن تنشأ بينهم - **وأيا كان موضـــوعها** - إلا ماســـتثنى بنص قانونى وضعى خاص ، ويكون لهم حرية الإلتجاء إما إلى القضاء العام فى الدولة ، وإمـــا إلى قضاء التحكيم .

---

(٣) أنظر : نقض مدنى مصرى - جلسة ١٩٦٥/٦/١٧ - فى الطعن رقم (٤٠٦) - لسنة (٣٠) ق - ص ٧٧٨ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا - التحكيم الإختيارى ، والإجبـــارى - ط٥ - ١٩٨٨ - ص ٣٣ .

(٤) أنظر : وجدى راغب فهمى - خصومة التحكيم - المقالة المشار إليها - ص ١١ .

وفى بيان تطبيقات قضائية أخرى فى القضاء المقارن ، لضرورة التفسير الضيق لحدود النزاع موضوع الإتفاق علـــى التحكيم ، أنظر : عاطف محمد راشد الفقى - التحكيم فى المنازعات البحرية - الرسالة المشار إليها - ص ١٩٥ ، ومابعدها .

يتم الإتفاق على التحكيم – كأى عقد – بالإيجاب ، والقبول ، ويتعين أن تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون فى سائر العقود :

كتوافر الأهلية لدى المتعاقدين ، إنتفاء شوائب الرضا ، وتوافر موضوع العقد ، وسببه .

الإتفاق على التحكيم – كأى عقد – قوامه الإرادة :

الإتفاق على التحكيم – **كأى عقد** – قوامه الإرادة ، فإذا انتفت هذه الإرادة تماما ، كان معدوما . أما إذا كانت هذه الإرادة صادرة ممن يملكها ، ولكنها كانت معيبة – **أى مشوبة بغلط ، أو تدليس ، أو إكراه ، أو استغلال** – فإن الإتفاق على التحكيم يكون باطلا ، وفقا لقواعد القانون المدنى . فالإتفاق على التحكيم – **كغيره من التصرفات القانونية** – يتطلب تحقق رضاء أطرافه – **الخالى من العيوب** – بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، وصدوره من أشخاص مكتملى الأهلية ، ويملكون سلطة إلزام أطرافه بما تلاقت عليه إراداتهم المشتركة فى هذا الشأن ، وأن يكون محل الرضا ذى خصائص معينة .

فإذا كان الإتفاق على التحكيم هو مجرد عقدا من العقود ، تنطبق عليه – **شأنه شأن سائر العقود** – القواعد العامة فى العقد ، والمنصوص عليها فى القانون المدنى ، وليست القواعد التى تحكم الأعمال الإجرائية ، والتى تنظمها قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فإنه ينبغى لقيام الإتفاق على التحكيم أن يتوافر رضاء أطرافه بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فضلا عن ضرورة أن يجئ هذا الرضا صحيحا ، وسليما . فالإتفاق على التحكيم لايعدوا أن يكون تصرفا قانونيا ، يتم بإرادتين ، ويخضع فى قواعده ، وأحكامه لما تخضع له سائر العقود من قواعد ، وأحكام خاصة بانعقاده ، تفسيره ، ترتيب آثاره القانونية ، وتحديد نطاقها ، فضلا عن القواعد الخاصة التى يخضع لها ، والمنصوص عليها سواء فى قوانين المرافعات المدنية ، والتجارية ، فى مختلف الأنظمة القانونية الوضعية ، أو فى القوانين الوضعية الخاصة المنظمة للتحكيم – **كالقانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية** – ونتيجة لذلك ، فإنه يلزم لوجود الإتفاق على التحكيم أن توافر أركانه ، وهى : الرضا ، المحل ، والسبب . ويلزم لصحة هذا الوجود أن يكون الرضا به صادرا عن أهلية يعتد بها القانون ، وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له .

فيلزم لوجود تراضى الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية أمرين أساسين ، يلزم التحرز من الخلط بينهما ، وهما :

الأمر الأول – وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية :

ويعنى وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية : تطابق إرادتين ، واتجاههما إلى ترتيب آثار قانونية ، تبعا لمضمون مااتفقا عليه ، فلا بد من إيجاب ، وقبول يتلاقيان على اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية . فتطابق الإرادتين يتم بتوافق الإيجاب ، والقبول من قبل أطراف الإتفاق على التحكيم . أو بعبارة أخرى ، يجب أن يكون التعبير عن الإرادة لكل طرف من أطراف الإتفاق على التحكيم متطابقا مع تعبير الأطراف الآخرين . وعندئذ ، تطبق القواعد العامة لنظرية العقد ، من حيث طرق التعبير عن الإرادة ، الوقت الذى ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانونى ، والتعاقد بين غائبين ، إلى غير ذلك من الأحكام العامة .

ويؤدى تخلف رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية إلى وقوع الإتفاق على التحكيم باطلا .

والأمر الثانى : صحة رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية :

حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع الإتفاق على التحكيم قابلا للإبطال .

فلوجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يلزم أن توجد إرادة الإلتجاء إليه ، كبديل للقضاء العام فى الدولة ، صاحب الولاية العامة ، والإختصاص بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات فيها – **وأيا كان موضوعها** – إلا ماإستثنى بنص قانونى وضعى خاص ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانونى المقصود منه ، بشرط أن تكون فى ذلك جادة ، غير هازلة ، حقيقية ، وليست صورية وأن يتم التعبير عن هذه الإرادة ، بإخراجها من نفس صاحبها إلى العالم الخارجى الملموس ، بأحد طرق التعبير عن الإرادة . فضلا عن التقاء التعبير عن إرادة أحد أطراف الإتفاق على التحكيم مع التعبير عن إرادة الأطراف الآخرين فيه ، بالإلتجاء إلى نظـــام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية . ذلك أنه يشترط على وجه التحديد أن يكون موضوع الإتفاق على التحكيم هو الإلتجاء الإختيارى لأطرافه لنظام التحكيم ، فى صدد نزاع يكون ناشئا عن علاقة قانونية محددة ، تدخل ضمن المسائل التى يجوز الفصل فى المنازعات التى يمكن أن تنشأ بمناسبتها عن طريق نظام التحكيم . ويستمد الإتفاق على التحكيم سنده من القانون الذى يعترف به ، كأسلوب مشروع للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، بحيث يعد متوافرا سببه ، وجائزا قانونا – **وفى جميع الأحوال** – متى تحقق الرضا ، والمحل المشار إليهما .

فينبغى أن تنصرف إرادة كل من أطراف الإتفاق على التحكيم إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصـــل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإذا انصرفت إرادة أحدهم إلـــى عدم وجود شرط التحكيم ، أو مشارطته ، فلانكون بصدد اتفـــاق علـــى التحكـــيم ، لاشـــتراط إنصراف إرادة كل أطراف الإتفاق على التحكيم إلى اختيار نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية . فالإرادة المنفردة لأحد أطراف الإتفاق علـــى التحكيم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى النزاع الذى يدخل أصلا فى الولايـــة القضـــائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئـــات غير قضائية لاتكفى لانعقاده ، بل لابد من وجود إرادتين متطابقتين فى هذا الشأن .

وإذا تلاقت إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم – **أى تم تبادل الإيجاب – والقبول** – فإن تراضى الأطراف المحتكمين بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى

الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يكون قد تم ، ويكون الإتفاق على التحكيم قد انعقد ، إذا ماتوافر الركنان الآخران .

وفضلا عن وجود رضاء أطراف الإتفاق على التحكيم بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فإنه ينبغى أن يكون صحيحا ، أى أن يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية الازمة لإصداره ، وأن يكون خاليا من العيوب المفسدة له " الغلط ، الإكراه ، التدليس ، والإستغلال " .

تنطبق القواعد ، والأحكام المتعلقة بركن السبب فى النظرية العامة للعقد على السبب فى الإتفاق على التحكيم – شرطا كان أم مشارطة :

تنطبق القواعد ، والأحكام المتعلقة بركن السبب فى النظرية العامة للعقد على السبب فى الإتفاق على التحكيم – **شرطا كان أم مشارطة** – على أساس أن السبب فى التزام أحد أطراف الإتفاق على التحكيم هو نزول الأطراف الآخرين عن الحق فى الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، مع التزامهم بعرض النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أمام هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، لتفصل فيه بحكم تحكيم يكون ملزما لهم .

إذا ماكان الإتفاق على التحكيم يتم – كسائر العقود – بتراضى أطرافه المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائيـــــة

فإنه لايشترط لصحته أن يتم فى زمن معين :

قد يتم قبل نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم أصلا بين الأطراف المحتكمين – **كما فى حالة شرط التحكيم** – وقد يتم بعد نشأة النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم بالفعل بين الأطراف المحتكمين – **كما فى حالة مشارطة التحكيم** – وقد يصح الإتفاق على التحكيم أيضا حتى بعد رفع الدعوى القضائية إلى القضاء العام فى الدولة ، وذلك فى بعض الأنظمة القانونية الوضعية التى تجيز ذلك .

إذا كان رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يعد ركنا أساسيا للإتفاق عليه ، فإن هذا الرضاء لايفترض ، بل لابد من وجود الدليل عليه :

إذا كان رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يعد ركنا أساسيا للإتفاق عليه ، فإن هذا الرضاء لايفترض ، بل لابد من وجود الدليل عليه ، لأن الإتفاق على التحكيم يشكل خروجا على الأصل العام فى التقاضى العام فى الدولة ، فكان لابد من التعبير عنه صراحة ، وعدم افتراضه ، باعتباره نظاما إستثنائيا ، يتضمن خروجا على الأصل العام فى اختصاص القضاء العام فى الدولة بالفصل فى جميع منازعات الأفراد ، والجماعات فيها – **وأيا كان موضوعها** – لذا ، فإنه يجب أن يتم تخصيص نظام التحكيم بالذكر فى الإتفاق عليه بين الأطراف المحتكمين ، أو الإحالة إليه بوجه خاص .

الغالب أن يقع التعبير عن إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم على اتخاذ نظام التحكيم وسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحا :

الغالب أن يقع التعبير عن إرادة أطراف الإتفاق على التحكيم على اتخاذ نظام التحكيم وسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ،

عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحا ، فيبرم الأطراف المحتكمون مشارطة تحكيم ، يتفقون فيها على إحالة النزاع الذى نشأ فعلا بينهم ، لحظة الإتفاق على التحكيم ، إلى هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقه ، والفصل فى موضوعه ، أو يدرجون نصا فى العقد الأصلى – **مصدر الرابطة القانونية ، والذى يتضمن شرط التحكيم** – على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، عند نشأة النزاع المحتمل وغير المحدد بينهم فى المستقبل ، والمتعلق بتنفيذه ، أو تفسيره ، أو يوقعون مشارطة التحكيم ، أو العقد النموذجى الذى يتضمن شرط التحكيم ، أو يتبادلون الوثائق المكتوبة – **كالرسائل ، أو البرقيات ، أو غيرها من وسائل الإتصالات الحديثة ، والتى تظهر بوضوح إبرامهم للإتفاق على التحكيم** – وفى جميع الأحوال ، فإنه يلزم أن تكون إرادة الأطراف المحتكمين على الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية صريحة واضحة .

ولايقع التعبير عن إرادة الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات .

إذا انضم أشخاص آخرون إلى الإتفاق على التحكيم ، فإنه يجب أن يكون انضمامهم لهذا الإتفاق صريحا :

فلايفترض لمجرد دخولهم ، أو اشتراكهم فى علاقة الأطراف الأصليين فى الإتفاق على التحكيم . وإذا أحال الأطراف المحتكمون صراحة إلى الشروط العامة المتضمنة لشرط التحكيم ، فإنه يكون من الواجب الإحالة إلى شرط التحكيم صراحة .

تقتضى المعاملات الدولية صورا أكثر تعقيدا ، فيما يتعلق بالتعبير عن إرادة الأفراد ، والجماعات بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة دائما بصراحة ، ووضوح ، فيثير تفسيرها بعض الصعوبات :

حيث الشائع أن يتفاوض الأطراف ذوو الشأن على مجرد العناصر الأساسية للعملية موضوع التعاقد " **الثمن ، خصائص المبيع ، موعد التسليم ، إلخ** " ، مكتفين بإرفاق شروط عامة ، مطبوعة ، ومعدة بواسطة أحد الطرفين فى ظهر الإتفاق ، أو بالإحالة إلى الشروط النموذجية ، والموضوعة بواسطة إحدى الهيئات الدولية المتخصصة . ولما كانت الشروط العامة الملحقة ، أو الشروط النموذجية المحال إليها بنص خاص تتضمن عادة شروطا للتحكيم ، فإنه يثور التساؤل عندئذ عما إذا كان يوجد رضاء من الأطراف ذوى الشأن بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، من عدمه ؟ .

وفى عقد النقل البحرى بسند شحن ، فإنه يندر أن يتضمن سند الشحن شرطا للتحكيم ، فى حين يغلب صدور هذا العقد بموجب مشارطة إيجار للسفينة ، محيلا لنصوص هذه المشارطة . والتى من بينها : شرطا للتحكيم . ومن هنا يثور التساؤل هل يعتبر حامل سند الشحن قد ارتضى بالإتفاق على التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ؟ . وما هى شروط توافر هذا الرضاء ؟ . وهل تعد الإحالة إلى الوثيقة الأخرى – **والتى هى مشارطة الإيجار** – كافية للقول بانصراف نية الأطراف ذوى الشأن فى سند الشحن إلى اختيار نظام التحكيم الوارد ضمن محتوياتها ، طريقا للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ؟ . أم يجب أن تكون الإحالة إلى المشارطة إحالة خاصة ، واضحة ، ومحددة إلى شرط التحكيم الوارد بها ؟ .

ففى مجال عقود النقل البحرى ، حيث كثيرا ماينص فى عقد نقل البضائع على سريان كافة شروط عقد استئجار السفينة ، ويحتوى هذا العقد الأخير على شرط للتحكيم ، وتبرز حينئذ أهمية حسم مسألة وجود اتفاقا على التحكيم ، للفصل فى المنازعات الناشئة عن عقد نقل البضائع ، عن طريق نظام التحكيم الوارد فى عقد استئجار السفينة ، رغم أن أطراف التعاقد يختلفون فى كل من العقدين ، وليست هناك علاقة – **ولو غير مباشرة** – تربط المستفيد فى عقد النقل البحرى بمالك السفينة . والفرض عندئذ أن العقد المبرم بين الأطراف ذوى الشأن – **وهو سند الشحن ، والذى نشأت المنازعة بمناسبته** – لايتضمن اتفاقا على التحكيم ، فى حين أشار هذا العقد إلى تطبيق شروط عقد آخر ، يكون قائما بين الأطراف ذوى الشأن – **وهو مشارطة الإيجار** – للإرتباط بينهما ، فما مدى تأثير الإتفاق على التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على العلاقات الناشئة عن سند الشحن الذى يحيل إليها ؟ ، وما هو تأثير هذه الإحالة الواردة فى سند الشحن إلى شروط مشارطة الإيجار على رضاء الشاحن ، أو الغير حامل سند الشحن ، أو المرسل إليه ، أو المؤمن على البضاعة ، أو المستأجر من الباطن ، أو من ظهر إليه السند ، ممن لم يكونوا أطرافا فى مشارطة الإيجار المحال إليها ؟ . وهل تكفى هذه الإحالة لتوافر الرضا فى حق هؤلاء ؟ . وهل

يشترط شكلا خاصا ، أو صيغة معينة لتلك الإحالة ؟ . وبمعنى آخر ، هل تكفى الإحالة العامة لشروط مشارطة الإيجار ، لالتزام من لم يكن طرفا فيها ، أو لالتزام حامل سند الشحن بشرط التحكيم الوارد بها ؟ . أم هل يستلزم الأمر إحالة خاصة إلى شرط التحكيم نفسه ؟ . وهل تقتصر الإجابة على هذا التساؤل على بحث شرط الإحالة الوارد بسند الشحن ؟ . أم هل يجب أن يمتد البحث لشرط التحكيم نفسه ، والوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ؟ .

وفى إطار المعاملات الجارية بين الأطراف ذوى الشأن ، فإنه من المتصور أن يتم الإتفاق فى صدد عقد جديد بالإشارة إلى شروط عقد قائم ، أو سابق ، ويكون هذا الأخير مشتملا على شرط للتحكيم . كما يتحقق وضعا مماثلا فى حالة تجديد ذات العقد الذى تضمن شرطا للتحكيم . ومن ثم ، فإنه يثور التساؤل عن مدى تأثير هذا الإرتباط ، أو هذه الإستمرارية بالنسبة لإمكانية القول بتوافر وجود الرضا بالإتفاق على التحكيم فى شأن العلاقة الناشئة عن العقد الجديد ؟ .

وكثيرا مايثور التساؤل عما إذا كان الطرفان قد وافقا على نحو ينتج آثاره القانونية على شرط التحكيم ، فيما يتصل بالعقود التجارية التى يتم إبرامها عن طريق المراسلات ، والعقود الشفوية التى يتم تعزيزها بالكتابة ، والعقود التى تتضمن شروطا للتحكيم ، تحتويها الشروط العامة للعقد ، أو للنماذج الأخرى التى يعدها أحد الأطراف ذوو الشأن .

فالمعاملات . وخاصة ، الدولية منها ، تقتضى صورا أكثر تعقيدا ، من شأنها أن تثير كثيرا من المشاكل العملية التى تواجه القضاء العام فى الدولة ، فيما يتعلق بوجود الرضا بالإتفاق على التحكيم .

نقطة البداية فى النظام القانونى للتحكيم هى ضرورة التأكد من وجود الإتفاق على التحكيم :

لخطورة الأثر الجوهرى الذى يترتب على مثل هذا النوع من الإتفاقات ، ألا وهو سلب القضاء العام الدولة إختصاصه الأصيل لصالح قضاء خاص ، يرتضيه الأطراف المحتكمون ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، فلابد من التحقق من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى الإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، وأن هناك تلاحما غير مجحود فى التعبير عن إرادة كافة الأطراف المعنية ، على نحو يمكن معه الإطمئنان إلى أنهم قد قصدوا حقيقة إقامة قضاء خاص ، يتولى مهمة الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير

قضائية . فالعبرة أن تنصب إرادة الأطراف ذوى الشأن ، وتشف عن رغبتهم فى عدم الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، والإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية .

فينبغى أن ينصب رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية . بمعنى ، أن يكون التصرف الإرادى للأطراف ذوى الشأن ينصب على إسناد مهمة الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة لهيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، للقيام بوظيفة القضاء الخاص ، حيث أنها تصدر فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم حكم تحكيم ، يكون حاسما له ، وهذه الحقيقة هى التى تميز نظام التحكيم عما عداه من الوسائل الأخرى للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة – **كالتوفيق ، التصالح ، والإلتجاء إلى نوع من الخبرة الفنية** – لمحاولة الوصول إلى تسوية عن طريق أحد الأشخاص ، أو الهيئات المتخصصة ، **وأهم مقتضيين لهذه الخصيصة هما :**

المقتضى الأول :

إسناد وظيفة أقرب إلى ممارسة سلطة القضاء إلى أشخاص ، يتميزون بأنهم ليسوا قضاه معينين من قبل السلطة العامة فى الدولة .

والمقتضى الثانى :

أن أولئك الأشخاص الذين يطلق عليهم إسم " هيئة تحكيم " يقومون بمهمة حاسمة بذاتها للنزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وغير قابلة للمشاورة من جانب أية جهة .

هناك تكييفا مبدئيا يجب القيام به ، للتأكد من أن هناك اتفاقا ينصب على مايصدق فى شأنه وصف التحكيم :

ولى قاضى الموضوع أن يستخلص من واقع الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وظروف الحال حقيقة مقصود الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق ، ومتى استخلص الوقائع الصحيحة فى الدعوى القضائية المعروضة عليه ، للفصل فيها ، وجب عليه وصفها وصفا مطابقا لأحكام القانون فى هذا الشأن ، أى وجب عليه إرساء القاعدة القانونية الصحيحة فى التكييف ، وهو يخضع فى هذا الشأن لرقابة محكمة النقض . كما يجب على القاضى العام فى الدولة أن يراعى كامل الحيطة ، والحذر عند تكييف الإتفاق المبرم بين الأطراف ذوى الشأن ، فلا يعتبره

اتفاقا على التحكيم ، إلا إذا وضحت تماما اراداتهم ، وكانت تهدف بجلاء إلى هذا ، لأن نظام التحكيم هو استثناء من الأصل العام فى التقاضى العام فى الدولة ، ومايكفله من ضمانات ، فلا يجبر شخص على سلوكه ، ولايحرم من الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، إلا عن رضا ، واختيار

موقف القضاء الفرنسى يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية :

فوفقا لقضاء ثابت ، ومستقر منذ وقت طويل فى فرنسا ، فإنه :

" ينبغى للإحتجاج بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار على حامل سند الشحن الذى أحال إلى شروطها ، أن يتوافر فى حقه العلم الثابت بشرط التحكيم الوارد ضمن بنود مشارطة الإيجار المذكورة ، والقبول اليقينى المؤكد لهذا الحامل بهذا الشرط التحكيمى ، بأن تكون الإحالة الواردة بسند الشحن هى إحالة خاصة ، واضحة ، ومحددة لشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار المحال إليها ، أو بأن يرفق نص المشارطة بسند الشحن ، أو بأن يتم إبلاغ هذا الحامل بنص مشارطة الإيجار المذكورة بطريقة ثابتة ، ومؤكدة ، لاتدع مجالا للشك فى أن هذا الحامل لسند الشحن قد علم بشرط التحكيم الوارد بالمشارطة ، وأبدى رضاء كاملا بهذا الشرط ، نظرا لخطورته ، ولأنه لم يكن طرفا فى مشارطة الإيجار ، ليحتج بها ، وبنصوصها عليه ، كما لم يكن شرط التحكيم مدرجا بسند الشحن الذى يحمله ، حتى تنتفى شبهة عدم وجود رضاء هذا الحامل ، عن طريق إذعانه لهذا الشرط التحكيمى " (١) .

كما قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه :

" حتى نكون بصدد تحكيم – حسب المفهوم المستقر عليه لنظام التحكيم – يتعين التحقق من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت بالفعل إلى تخويل ذلك الغير ، أو الشخص الثالث سلطة قضائية " (٢) .

---

(1) أنظر :

Aix . 9 Dec . 1960 . D . M . F . 1961 . p . 163 ; Trib . Com . Nantes . 3 Avril . 1980 . D . M . F . 1981 . p . 247 ; Aix – en – Provence . 13 Janv . 1988 . Rev . Arb . 1990 . P . 617 .

(2) أنظر :

وقضت بأنه

: " **حامل سند الشحن الصادر تنفيذا لمشارطة إيجار بالرحلة ، لايمكن أن يحتج عليه بشرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار ، والذى لم يكن موجودا بسند الشحن ، ولم يكن موضوعا لقبول مؤكد من جانب حامله** " (٣) .

وقضت محكمة استئناف باريس – **طعنا فى الحكم القضائى الصادر من هيئة تحكيم هضبة الأهرام ، والصادر فى ١٩٨٣/٢/١٦** – ضد الدولة المصرية : " **بإلغاء الحكم القضائى المطعون فيه ، لصدوره بدون وجود شرط للتحكيم من جانب الحكومة المصرية ، على أساس أن مصر لم تجر فى اتفاقياتها على قبول شرط التحكيم لغرفة التجارة الدولية . فضلا عن أن توقيع الهيئة العامة للسياحة ، والفنادق " إيجوت " – وهى شخصية قانونية مستقلة عن الدولة المصرية – على العقد المشتمل على شرط التحكيم ، لايعنى قبول مصر – كدولة – لهذا الشرط ، ولاإلزامها به . بالإضافة إلى أن توقيع مصر على العقد الأصلى المبرم فى ١٩٧٤/٩/٢٣ ، والذى أشار فيه إلى قانون الإستثمار المصرى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٤ ، والذى يجيز الفصل فى المنازعات بوسائل من بينها ، مركز تسوية منازعات الإستثمار C . R . D . I ، لايعتبر قبولا لشرط التحكيم الوارد فى العقد محل النزاع ، ولاتنازلا عن حصانتها** " (١) .

وحسنا ماتتخذه القضاء الفرنسى من موقف بخصوص مسألة إثبات وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، حيث أحال المسألة إلى البحث فى حقيقة قصدهم .

Cass . Civ . 25 Mai . 1962 . Rev . Arb . 1975 . P . 302 . Note : LOQUIN ;
Cass . Civ . 7 Juin . 1978 . Rev . Arb . 1979 . P . 34 . Note : ROLAND .

مشارا لهذين الحكمين لدى : سامية راشد – التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة – الرسالة المشار إليها – بند ١٩٠ ، ص ٣٥٥ – الهامش رقم (١) .

(3) أنظر :

R . : Cass . Com . 4 Juin . 1985 . D . M . F . 1986 . P . 106 . Note ACHARD .

(1) أنظر :

P . . . Appel de Paris . 12 Juillet . 1984 . Journal du droit international 1985 . 130 ets

وانظر فى عرض هذا النزاع لدى : إبراهيم أحمد إبراهيم – التحكيم الدولى الخاص – بدون دار نشر – بدون تاريخ – ص ٦٣ ، وما بعدها ، محيى الدين إسماعيل علم الدين – منصة التحكيم التجارى الدولى – ١٩٨٦ – دار الفكر العربى بالقاهرة – ص ٦٦ ، ومابعدها – القاعدة رقم (١٣) .

والقضاء الفرنسى فى بحثه لوجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يبحث فى حقيقة قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم ، ليتأكد ماإذا كان مقصودهم من ذلك هو اختيارهم لنظام التحكيم ، كوسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية بصورة نهائية ، حيث تصدر حكم تحكيم ، يكون ملزما لأطراف الإتفاق على التحكيم ، ولاتشاركها فى حسم النزاع أية سلطة ، أو جهة أخرى .

والقضاء الفرنسى بذلك يتأكد من أن الأطراف ذوى الشأن يقصدون حقيقة نظام التحكيم ، وليس وسيلة أخرى للفصل فى منازعاتهم – **كالصلح ، أو التوفيق ، أو غير ذلك من وسائل الفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة .**

موقف القضاء المصرى يكون ثابتا ، مستقرا ، ومحددا من مسألة ضرورة التأكد من وجود رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية :

فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه

: " **رضاء طرفى الخصومة هو أساس التحكيم ، وأن العبرة أن تنصب إرادتهم ، وتشف عن رغبتهم فى النزول عن الإلتجاء إلى القضاء العام فى الدولة ، وفى حسم النزاع عن طريق التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة – كالصلح مثلا** " (١) .

كما قضى بأنه :

" **لايعد تحكيما – وإن وصف بالتحكيم – الإتفاق المكتوب على تحكيم أحد المقاولين لتقدير نفقات البناء ، وأن يكون تقديره نهائيا ، متى كانت الورقة لاتدل فى مجموعها على أنها مشارطة تحكيم ، ويزيد هذا المعنى بيانا ، أن يرجع طرفاها إلى المحكمة للفصل فى النزاع ، فأحدهما يطلب غير ماقدره الخبير ، والثانى يطلب اعتماد التقدير ، لأنه صادرا عن محكم ، مما يدل على اعتقادهما وقت الإتفاق على أن القاضى العام فى الدولة هو الذى سيحكم فى الدعوى**

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٥٦/٤/١٢ – مجموعة المكتب الفنى – س (٧) – ص ٥٢٢ .

القضائية . فيجب على المحكمة أن تفصل فى الدعوى القضائية من جديد ، بحسبان أن الـذى ندب للتحكيم لم يزد على أن يكون خبيرا " (٢) .

وقضى أيضا بأنه :

" إذا اتفق طرفا العقد على توسيط أشخاصا آخرين ووقع الإتفاق بعد ذلك بين الطرفين ، فـلا محل للدفع بأن هذا عقد تحكيم ، لم يستوف الشرائط القانونية المنصوص عليها قانونا بواسطة قانون المرافعات المدنية ، والتجارية ، لأن العبرة بما قصده المتعاقدان ، ويستفاد مـن نـص العقد موضوع الدعوى القضائية أن الأشخاص الذين أطلق عليهم المتعاقدان عبارة محكمين لـم يكونوا كذلك بالمعنى القانونى ، ولم يقصد المتعاقدان ذلك ، بل هم وسطاء بينهمـا ، لتقريـب الإيجاب ، والقبول ، حتى يتم التعاقد . لذلك ، يصبح مثل هذا العقد إتفاقا تسرى عليـه قواعـد الإلتزامات العامة " (٣) .

من أهم التطبيقات القضائية لعدم افتراض رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية هـو

---

(2) أنظر : حكم محكمة سوهاج الجزئية – الصادر فى ١٥ مايو سنة ١٩٣٩ – المحاماه المصرية – السنة (٢٠) – ص ٣٧٥ . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد أبو الوفا – التحكيم الإختيارى ، والإجبـارى – ط٥ – ١٩٨٨ – ص ١٢٧ – الهامش رقم (٤) .

(٣) أنظر : حكم محكمة الموسكى الجزئية – الصادر فى ٩ أبريل سنة ١٩٣١ – رقم (١٠٥) – قسم ثـانى – السنة الرابعة عشر . مشارا لهذا الحكم فى الجدول العشرى الثانى – مجلة المحاماه المصـرية – ص ٢٧٠ – القاعـدة رقم (١٣١) . وكذلك لدى : عبد العزيز ناصر – قانون المرافعات – الجزء الثالث – مطبعة الإعتماد بمصـر – ص ٢٥٣٣ – القاعدة رقم (١٠٢٠٩) .

الحال عندما يحيل سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الشرط الخاص بالتحكيم :

من أهم التطبيقات القضائية لعدم افتراض رضاء الأفراد ، والجماعات داخل الدولة بالإلتجاء إلى نظام التحكيم ، للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية هو الحال عندما يحيل سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الشرط الخاص بالتحكيم ، كأن ينص فى سند الشحن على أن تطبق على هذا السند شروط مشارطة الإيجار ، دون أن يذكر الجهة المختصة بنظر التحكيم ، أو دون أن يشير صراحة إلى شرط التحكيم . ففى هذه الحالة ، لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض .

إذا كانت القاعدة أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، فإن محكمة النقض المصرية عندما تعرضت لموضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن كان لها موقفا آخر :

ذلك أنها حين تصدت لشرط التحكيم الوارد فى سند الشحن ، أو الذى يحيل فيه سند الشحن إلى مشارطة الإيجار – **سواء كانت إحالة عامة ، أو خاصة** – إنتهت فى قضائها إلى نفاذ شرط التحكيم فى مواجهة المرسل إليه ، مع اختلاف مظهر العلاقة ، واستندت فى ذلك إلى أن قانون التجارة البحرى المصرى يجعل من المرسل إليه طرفا ذا شأن فى سند الشحن ، باعتباره صاحب المصلحة فى عملية الشحن ، يتكافأ مركزه حينما يطالب بتنفيذ عقد النقل ومركز الشاحن ، وأنه يرتبط بسند الشحن ، كما يرتبط به الشاحن ومنذ ارتباط الأخير به . ومقتضى ذلك ، أن يلتزم المرسل إليه بشرط التحكيم الوارد فى نسخة سند الشحن المرسلة إليه ، باعتباره فى حكم الأصيل فيه . ومن ثم ، فلا يعتبر الشاحن نائبا عنه فى سند الشحن ، حتى يتطلب الأمر وكالة خاصة ، أو حتى يقال أن الشاحن قد تصرف فى شأن من شئون المرسل إليه ، وهو مالايملك حق التصرف فيه [١] .

---

[١] أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ١٩٦٧/٢/٧ – س (١٨) – العدد الأول – ١٩٦٧ – ص ٣٠١ ، وحكم آخر بتاريخ ١٩٦٥/٦/١٧ – مجموعة المكتب الفنى – س (١٦) – ص ٧٧٨ . مشارا لهذين الحكمين

كما قضت بأنه :

" **لايشترط فى حالة صدور سند الشحن محيلا إحالة عامة إلى شروط مشارطة الإيجار أن يكون الشاحن قد وقع سند الشحن ، والذى لايعدو أن يكون فى هذه الحالة إيصالا باستلام البضاعة ، وشحنها على ظهر السفينة ، حتى يلزم المرسل إليه بشروط مشارطة الإيجار الذى صدر سند الشحن بموجبها ، ومن بينها : شرط التحكيم ، باعتباره طرفا ذا شأن فى عقد النقل ، يتكافأ مركزه ومركز الشاحن مستأجر السفينة ، عندما يطالب بتنفيذ العقد الذى تثبته المشارطة ، حيث تكفى الإحالة العامة الواردة فى سند الشحن إلى مشارطة الإيجار ، لالتزام حامل السند بشرط التحكيم الوارد فى تلك المشارطة ، كما تكفى مثل هذه الإحالة لالتزام المرسل إليه بهذا الشرط التحكيمى** " (١)

وكان هذا القضاء من جانب محكمة النقض المصرية قبل صدور القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية . وتنص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه :

" **ويعتبر اتفاقا على التحكيم كل إحالة ترد فى العقد إلى وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة فى اعتبار هذا الشرط جزءا من العقد** " .

إنتقاد جانب من الفقه لقضاء محكمة النقض المصرية السابق ، والمخالف لقاعدة : " أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض " :

إنتقد جانب من الفقه – **وبحق** – قضاء محكمة النقض المصرية السابق ، والمخالف لقاعدة : " **أنه لايعتد بشرط التحكيم فى علاقة الطرفين فى سند الشحن ، إذ الشرط أن ينص سند الشحن صراحة على شرط التحكيم الوارد فى المشارطة ، ولايكتفى بالإشارة العامة إلى تطبيق شروط المشارطة ، تأسيسا على أن الإتفاق على التحكيم لايفترض** " :

لدى : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ص ٣٢٣ ، ومابعدها ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٧ .

(١) أنظر : نقض مدنى مصرى – جلسة ٩/٢/ ١٩٨١– الطعن رقم (٤٥٣)– س (٤٢) . مشارا لهذا الحكم لدى : أحمد حسنى – عقود إيجار السفن – ١٩٨٥ – ص ٣٢٣ ، ٣٢٤ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٨ .

باتباره تناقضا مع ماجرى عليه قضاءها فى خصوص شرط التحكيم ، من اشتراط اتفاق الأطراف ذوو الشأن عليه ، وأن رضاءهم هو أساس نظام التحكيم ، وأنه – **أى التحكيم** – لايفترض ، ذلك أن محكمة النقض المصرية قد افترضت قبول المرسل إليه بشرط التحكيم ، بل فرضته عليه ، لاسيما وأن المطالع لحيثيات أحكامها القضائية الصادرة فى هذا الشأن ، يتبين أن المرسل إليه – **وعلى كافة مراحل الدعوى القضائية** – يرفض شرط التحكيم الوارد فى سند الشحن ، ويكون افتراض قبول المرسل إليه بشرط التحكيم معيارا غير معروف لدى محكمة النقض المصرية ، حيث أن المستقر عليه قضاء هو اشتراط اتجاه إرادة الأطراف ذوى الشأن للأخذ بنظام التحكيم ، فكيف ينسب إلى المرسل إليه قبول عقد لم يحط بمحله علما .

فالقبول قانونا يكون له معيارا محددا ، وشرط التحكيم ليس متعلقا بمعاملة ، حتى يمكن افتراض وجود القبول ، وإنما هو متعلقا بالجهة التى ستفصل فى النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم ، وهو استثناء من الأصل العام المقرر لاختصاص المحاكم بنظر النزاع موضوع الإتفاق على التحكيم .

فضلا عن أن نظام التحكيم يكون طريقا إستثنائيا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، قوامه الخروج على طرق التقاضى العادية ، وماتكفله من ضمانات . ومن ثم ، يقتصر حتما على ماتنصرف إليه إرادة الأطراف المحتكمين بعرضه على هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، ويجب تفسيره تفسيرا ضيقا ، وعدم ترخص القضاء العام فى الدولة فى إسناد إرادة مخالفة لإرادة الأطراف ذوى الشأن ، والتأكد على وجه يقينى ، وبنحو لايشوبه شكا ، أو غموضا من وجود رضاء الأطراف ذوى الشأن بالإتفاق على التحكيم ، واتجاه نيتهم حقيقة إلى اختيار نظام التحكيم ، كوسيلة للفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين أو هيئات غير قضائية ، دون افتراض هذا الرضاء [١] .

وماتذهب إليه بعض المشارطات من النص على إمكان قيام الناقل بإصدار سندات شحن بموجب المشارطة ، يجعل هذا الإتفاق إنما ينحصر نطاقه فى علاقة المؤجر ، والمستأجر ، ولايعنى تداخل علاقات الأطراف ذوى الشأن فى مشارطات الإيجار ، وتلك الناشئة عن سندات الشحن ، لاختلاف الإطار العام لهذه العلاقات . فالمرسل إليه فى سند الشحن ، وإن كان يلتزم بالشروط

---

(١) أنظر : محمد رضا إبراهيم عبيد – شرط التحكيم فى عقود النقل البحرى – المقالة المشار إليها – ص ٢٠٨ ، ٢٥١ ، ٢٦٧ ، عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ .

الواردة فى سند الشحن ، إلا أنه لايلتزم إلا بالشروط المتعلقة بعقد النقل البحرى ، والناشئة عنه – **كالتفريغ ، الفحص ، ومسئولية الناقل** – أما الشروط غير المتعلقة بعقد النقل ، وليست ناشئة عنه – **كشرط التحكيم** – فإنها لاتسرى فى مواجهة المرسل إليه ، فالمرسل إليه ، والشاحن ، لايعدان طرفان ذا شأن فى شرط التحكيم الوارد بمشارطة الإيجار – **والتى صدر الشحن بموجبها** – إلا منذ أن يعلما به ، ويوافقا عليه ، حيث أن الأمر هنا يتعلق بتوافر الرضا بالإتفاق على التحكيم فى حق كل من الشاحن ، أو المرسل إليه . فحامل سند الشحن ، أو المرسل إليه ، أو المؤمن على البضاعة ، أو غيرهم من الأغيار – **بالنسبة للإتفاق على التحكيم** – وحتى يعد أى منهم طرفا فى الإتفاق على التحكيم ، فإنه ينبغى أن يتوافر لديه العلم الكافى بهذا الإتفاق ، وملابساته ، وأن يكون راضيا بالإلتزام به ، وإلا عد مذعنا .

نرى أن مسلك القضاء الفرنسى كان أحسن حظا من مسلك نظيره المصرى ، فيما يتعلق بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالإتفاق على التحكيم ، وعدم اعتماده وجود هذا الرضاء ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل غموضا ، أو لبسا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد الأطراف ذوى الشأن ، كما فعلت محكمة النقض المصرية ، من افتراض وجود إرادة مخالفة لدى أحد الأطراف المتعاقدة :

نرى أن مسلك القضاء الفرنسى كان أحسن حظا من مسلك نظيره المصرى ، فيما يتعلق بعدم افتراضه رضاء أحد المتعاقدين بالإتفاق على التحكيم ، وعدم اعتماده وجود هذا الرضاء ، إلا بعد ثبوته بوجه يقينى ومؤكد ، لايحتمل غموضا ، أو لبسا ، ودون إسناد إرادة مخالفة لأحد الأطراف ذوى الشأن ، كما فعلت محكمة النقض المصرية ، من افتراض وجود إرادة مخالفة لدى أحد الأطراف المتعاقدة ، بالرغم من أن حيثيات تلك الأحكام القضائية المذكورة تؤكد رفض ذلك الطرف للإتفاق على التحكيم ، وعدم اتجاه نيته للإلتزام بشرطه .

فنظام التحكيم – وباعتباره طريقا إستثنائيا للفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية يجب عدم التوسع فى تفسيره ، وعدم افتراض وجود الرضاء به ، بل يجب التأكد من أن إرادة الأطراف ذوى الشأن قد اتجهت حقي
قة إلى اختيار نظام التحكيم ، دون غيره من وسائل الفصل فى منازعات الأفراد ، والجماعات داخل الدولة ، والتأكد من ثبوت وجود الرضا به ، من خلال وسائل الإثبات المسموح بها قانونا .

يكون القضاء العام فى الدولة هو المختص بتحديد قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم – لما له من ولاية عامة :

يكون القضاء العام فى الدولة هو المختص بتحديد قصد الأطراف ذوى الشأن من الإتفاق المبرم بينهم – **لما له من ولاية عامة** – فإذا ماإستوثق القاضى العام فى الدولة من أن القصد الحقيقى للأطراف ذوى الشأن إنما هو الفصل فى المنازعات التى تدخل أصلا فى الولاية القضائية المقررة للقضاء العام فى الدولة ، عن طريق هيئة تحكيم ، تتشكل من أفراد عاديين ، أو هيئات غير قضائية ، دون المحاكم المختصة أصلا بتحقيقها ، والفصل فى موضوعها ، قضى بذلك ، ويكون حكم القاضى العام فى الدولة عندئذ مستندا إلى مبررات قوية ، مؤيدة بدليل جدى ، لايحتمل معه تأويل إرادة أى من الأطراف ذوى الشأن إلى عكس هذه الرغبة ، لأن المسألة تتعلق بركن الرضا فى التعاقد ، **فمثلا** : إذا أرسل أحد الطرفين إلى آخر – **ودون نص سابق فى التعاقد** – مايفيد عرض النزاع على التحكيم ، على أن يعتبر عدم الرد قبولا منه بذلك ، فلايفترض عندئذ وجود الإتفاق على التحكيم ، إذ أن الإتفاق على التحكيم لايفترض ، ولايقبل القول بأن عدم الرد يعد قبولا ، إذ القاعدة أنه لاينسب لساكت قول ، إلا إذا كانت ظروف الحال لاتدع مجالا للشك فى القول . ولذلك ، فإن القول بأن عدم الرد يعنى عدم القبول ، إنما يكون أقرب إلى الصحيح ، ومطابقا لنصوص القانون . ويرجع السبب فى ذلك ، إلى أن الإعلان قد لايتم صحيحا ، أو قد تفقد ، أو تضيع المكاتبة – **لأى سبب كان** – أو قد لايرد الرد – **لتغيير المحل ، أو العنوان الذى ترد عليه المخاطبات** – فلايفاجئ أحد المتعاقدين بافتراض قبوله للتحكيم ، إذ الشرط أن يرد الإتفاق على التحكيم صراحة . والأساس فى ذلك ، هو ارتباط التعبير بركن من أركان العقد – **وهو الرضا** – وعدم وجوده ، يعدم وجود العلاقة أصلا .

يرى جانب من الفقه – وبحق – أن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لن يغير شيئا فى موقف القضاء المصرى السابق من موضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن ، ولن يكون موقفا جديدا :

يرى جانب من الفقه – **وبحق** – أن نص الفقرة الثالثة من المادة العاشرة من القانون الوضعى المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ فى شأن التحكيم فى المواد المدنية ، والتجارية لن يغير شيئا فى موقف القضاء المصرى السابق من موضوع التحكيم فى صدد سندات الشحن ، ولن يكون موقفا جديدا ، فهذا النص القانونى الوضعى المصرى – **شأنه شأن النص القانونى الأصلى**

المستقى منه ، وهو نص الفقرة الثانية من المادة السابعة من القانون النموذجى للجنـــة الأمـــم المتحدة للقانون التجارى الدولى – حيث أنه وإن أقر الإحالة العامة إلى الوثيقة المشـــتملة علـــى شرط التحكيم ، إلا أنه لم ينظم بطريقة واضحة شروط هذه الإحالة ، أو متى تكفى الإحالة العامة الواردة فى اتفاق الأطراف ذوى الشأن ، لادماج شرط التحكيم الوارد فى الوثيقة ؟ (١) .

(1) أنظر : عاطف محمد راشد الفقى – التحكيم فى المنازعات البحرية – الرسالة المشار إليها – ص ١٥٩ ، ١٦٠ .